

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ADRIANE BEZERRA VILLARIM

**OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS: A CONSAGRAÇÃO DA
AFETIVIDADE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES RUMO AO
RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS**

**SANTA RITA – PB
2018**

ADRIANE BEZERRA VILLARIM

**OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS: A CONSAGRAÇÃO DA
AFETIVIDADE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES RUMO AO
RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção Do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Adriano
Martelete Godinho.

**SANTA RITA- PB
2018**

ADRIANE BEZERRA VILLARIM

**OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS: A CONSAGRAÇÃO DA
AFETIVIDADE PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES RUMO AO
RECONHECIMENTO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do
Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, como
exigência parcial da obtenção Do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Adriano
Martelete Godinho.

Banca examinadora:

Data de aprovação:

Prof. Dr. Adriano Martelete Godinho
(Orientador)

Prof.
(Examinador)

Prof.(Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus que me permitiu viver o sonho de estudar em uma universidade pública federal e alcançar todos os meus objetivos na trajetória acadêmica. A Ele toda honra, glória e louvor!

Agradeço aos meus pais pelo apoio durante todo o curso e por me proporcionarem valiosas lições de persistência e fé! Agradeço em especial a minha irmã, Selma Villarim! Que felicidade e imensa satisfação foi compartilhar ao lado dela todos os momentos do curso, todas as noites e finais de semana de estudos, todos os objetivos... Como não ser grata por todo amor e força que ela me transmite? Por todos os sonhos que juntas alcançamos e alcançaremos? Como a gente costuma dizer “ Um sonho sonhado sozinho é apenas um sonho. Mas um sonho sonhado junto é realidade!”. Outras pessoas também foram essenciais nessa jornada e é necessário que se reconheça. Gratidão a todos da minha família que me incentivam a dar o meu melhor sempre e acreditam tanto no meu potencial e nos meus projetos!

Gratidão a todos meus amigos de faculdade, em especial ao “Extradita” e a Hannah, que possuem um papel fundamental na obtenção desse título. Gratidão a todos os meus professores que me fizeram enxergar a beleza e o amor do curso que escolhi por meio de suas paixões pelo magistério.

Gratidão imensa ao meu professor e orientador, Adriano Godinho, pelo qual nutro grande admiração pelo ser humano que é, pelo professor excelente e orientador disponível e dedicado que foi!

Gratidão a todas as pessoas que contribuíram para o meu aprendizado nos estágios onde passei e que sempre terão um espaço especial em minha história e em meu coração: Fórum Cível e Tribunal Eleitoral da Paraíba! Gratidão a todos que torcem por mim e que me amam: meus mais sinceros agradecimentos!

*Prepara-se o cavalo para o dia da batalha,
mas é do Senhor que vem a vitória. Pv
21:31.*

VILLARIM, Adriane Bezerra. Os novos paradigmas do direito das famílias: a consagração da afetividade pelos tribunais superiores rumo ao reconhecimento das uniões poliafetivas. 2018. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Faculdade de Direito de João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

RESUMO

A presente monografia possui como finalidade analisar uma questão imprescindível e hodierna no estudo do Direito das Famílias, qual seja, a consolidação do princípio da afetividade pelos tribunais superiores brasileiros. Em decorrência das mudanças ocorridas ao longo dos anos no conceito de família, o modelo patriarcal edificado pelo Código Civil de 1916 desaparece e emerge uma nova concepção familiar fundada no vínculo afetivo das relações familiares. Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a afetividade passa a ser considerada como fundamento implícito na Carta Magna decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, tendo a sua aplicação resguardada na interpretação legal, na doutrina pátria e na jurisprudência. Sob a ótica dessa nova conjuntura, este trabalho pretende examinar a aplicabilidade do princípio da afetividade pelos tribunais superiores pátrios, julgados esses que devem servir como pilar interpretativo na construção de um novo paradigma no Direito das famílias: a legitimação sociojurídica das uniões poliamoristas, também chamadas de poliafetivas. Esse reconhecimento mostra-se relevante na medida em que garantiria os direitos e deveres decorrentes dessa entidade familiar, no caso de litígios surgidos entre si ou com terceiros, além de consolidar a afetividade como verdadeiro princípio jurídico-constitucional e direito fundamental a todos os indivíduos.

Palavras-chave: Afetividade. Análise Jurisprudencial. Poliamor. Direito das Famílias.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	9
2. A VALORIZAÇÃO DO AFETO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO.....	12
2.1 A FAMÍLIA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	12
2.2 A NOVA CONFIGURAÇÃO DA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PREVISÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	14
2.3 PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	16
2.4 A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM FACE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	18
2.5 A EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DA FAMÍLIA SOB O OLHAR DA AFETIVIDADE	19
3. A AFETIVIDADE COMO LINHA CONDUTORA NO JULGAMENTO DE CASOS CONCRETOS EM TRIBUNAIS SUPERIORES	24
3.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	24
3.1.1.RE nº 1347228 / SC – PREFERÊNCIA DOS PAIS AFETIVOS À ORDEM DE ADOÇÃO	25
3.1.2 RE nº 1.663.137 / MG – ADOÇÃO PÓSTUMA.....	30
3.2 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	34
3.2.1 RE nº 898060 / SC – RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE..	35
3.2.3 RE nº 846102 / PR – RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....	37
3.2.2 RE nº 1.159.242 / SP – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO	41
3.2.4- RE Nº 646.721/RS– INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL, QUE TRATA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO	46
4. NOVOS PARADIGMAS: POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	51
4.1 CONCEITO E REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS	51
4.2 RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR COMO ESTRUTURA FAMILIAR	55
4.2.1 DAS ESCRITURAS PÚBLICASRELATIVAS ÀS UNIÕES POLIAFETIVAS E A LACUNOSA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA	56
4.2.2 DA NECESSIDADE DE REGRAMENTO JURÍDICO PRÓPRIO	59
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61

REFERÊNCIAS.....63

1.INTRODUÇÃO

Na égide do Código Civil de 1916, a família se norteava por uma visão patrimonialista, e somente se constituiria por meio do casamento entre um homem e uma mulher, sendo que os filhos legítimos seriam apenas aqueles nascidos dessa união matrimonial. Entretanto, com a mudança de paradigmas na sociedade, no tocante à formação de novos vínculos familiares formados por laços afetivos, houve a necessidade de revisão dessa noção conservadora dos institutos do direito de família para que melhor correspondessem aos conflitos contemporâneos existentes.

Essa transição paradigmática exigiu que o Direito assimilasse de alguma forma essas relevantes transformações sociais que emanavam da coletividade. Dessa forma, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 codificou esses valores familiares já sedimentados na sociedade, ampliando o conceito jurídico de família, no intuito de instituir novas concepções desse instituto, acrescentado que, além do casamento, a família poderia ser formada pela união estável entre homem e mulher, bem como pela família monoparental, que é aquela formada por um ascendente e seus descendentes. Além disso, através da interpretação constitucional, por meio de princípios constitucionais explícitos e implícitos, dos quais se destaca o princípio da afetividade, houve o reconhecimento jurídico de outras entidades familiares, ancoradas em laços de afeto.

À vista disso, o afeto desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, tornando-se então, um fato merecedor de proteção jurídica. Embora o princípio da afetividade não esteja expresso na CRFB/88, ele se apresenta como um princípio implícito com larga aceitação legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

Diante disso, o presente trabalho tem por objetivo analisar o papel exercido pelo princípio da afetividade nas mudanças ocorridas nas relações familiares, enfocando na contribuição dada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros na consolidação de tal princípio.

Dessa forma, tendo a afetividade assumido as rédeas das relações familiares, enquanto princípio crucial para a delimitação do próprio conceito das

entidades familiares, resta, afinal, equacionar uma questão definitiva: o reconhecimento das uniões poliafetivas como autênticos núcleos familiares. Essa regulamentação mostra-se relevante na medida em que garantiria os direitos e deveres decorrentes dessa entidade familiar que hoje se encontra à margem das configurações jurídicas, no caso de litígios surgidos entre si ou com terceiros, além de consolidar a afetividade como verdadeiro princípio jurídico-constitucional e direito fundamental de todos os indivíduos.

Resta, pois, enfatizar o relevo do hodierno estudo, visto que apresenta elementos de apreciação não só do Direito de Família, mas também da coletividade, em face da importância da família para o desenvolvimento da sociedade brasileira e na saúde psicológica do indivíduo, servindo como ferramenta de formação e de inclusão social. Assim, torna-se necessária a análise do afeto não apenas como direito individual, mas também como direito social visto a sua função de gerar direitos e obrigações em torno das relações sociais.

O presente trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisas teóricas, bibliográficas e jurisprudenciais sobre os temas nele relacionados. Em relação ao método de abordagem foi utilizado o hipotético-dedutivo.

Este Trabalho de Conclusão de Curso se estrutura em três capítulos. O primeiro analisará o afeto como valor jurídico, abordando a concepção de família na nossa Carta Magna de 1988, no Código Civil de 2012 e em outras legislações infraconstitucionais. Ainda disporá sobre a relevante contribuição dada pela doutrina da humanização do direito civil-constitucional e abordará aspectos da evolução na acepção de família ofertada pelo princípio da afetividade.

O segundo capítulo do presente trabalho monográfico apresenta a jurisprudência dos Tribunais Superiores, STJ E STF, que utilizaram o princípio da afetividade como linha condutora de julgamento, dentro os quais se destacam: a preferência dos pais afetivos em detrimento de linha cronológica de adoção e a adoção póstuma. Ainda, o reconhecimento da multiparentalidade, o reconhecimento da adoção por casais homoafetivos, a decisão sobre responsabilidade por abandono afetivo e a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil também representam avanços jurisprudenciais que consolidam o princípio da afetividade, necessário para que se discuta a

possibilidade de reconhecimento do poliafeto como entidade familiar alicerçado em tal princípio.

O terceiro capítulo trata de um recente e promissor caminho traçado no âmbito das novas entidades familiares, as relações poliafetivas, que acabam por consolidar a afetividade como verdadeiro princípio jurídico-constitucional. O capítulo revela a necessidade do reconhecimento jurídico dessa nova entidade familiar em face dos diversos direitos e deveres decorrentes de tal configuração.

Além da importância social do tema, discute-se a importância acadêmica do mesmo, visto a necessidade do debate acerca do afeto como valor jurídico, demonstrando as modificações e avanços já demarcados pela jurisprudência e os caminhos vindouros a respeito do tema. Ademais, é necessário o entendimento da afetividade dentro do atual conceito de família como forma de vislumbrar a efetivação de princípios e direitos constitucionalmente estabelecidos, em especial à dignidade da pessoa humana, vistos que seus efeitos se efetivam na própria formação integral do homem.

2. A VALORIZAÇÃO DO AFETO NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir da verificação dos paradigmas que outrora marcaram os institutos do direito das famílias, constata-se a ocorrência de uma verdadeira revolução valorativa nas famílias brasileiras contemporâneas, pela qual a afetividade assumiu o marco destas relações. Além do mais, houve mudanças nas normas constitucionais e infraconstitucionais no intuito de abarcar esse novo elemento definidor das entidades familiares, as quais serão demonstradas nos próximos tópicos.

Cumprido, então, demonstrar de que modo os princípios e regras que formam o direito das famílias vêm sistematicamente evoluindo no cenário jurídico brasileiro, a fim de demonstrar-se, então, como a afetividade paulatinamente ganhou espaço enquanto princípio nuclear das relações familiares.

2.1 A FAMÍLIA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Cabe, primeiramente, tecer alguns comentários sobre a construção da família contemporânea através das mudanças sociais e da evolução legislativa da mesma. No sentido de compreender essa evolução do direito das famílias é necessário partir da premissa que o novo paradigma familiar instaurado está diretamente relacionado à afetividade, que se constitui como elemento central identificador dos vínculos familiares atuais e objeto do presente estudo.

Ainda sob a influência do patriarcalismo, foi erigido o Código Civil brasileiro de 1916, que regulamentou a família matrimonializada, ou seja, o único tipo de família protegida pelo Estado era a constituída através do casamento, sendo esta à época indissolúvel. Dessa forma, os laços afetivos não tinham nenhuma relevância à luz do Código Civil de então, visto que a questão patrimonial era a razão das pessoas se unirem e formarem famílias, conforme asseveram Farias e Rosendal:

[...]compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo

estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da Revolução Industrial.¹

Entretanto, esse modelo de família patriarcal, anteriormente adotado em nosso ordenamento jurídico, já não mais refletia os anseios atuais da sociedade. Diante das transformações nas estruturas políticas, econômicas e sociais ocorridas com o surgimento do Estado Social e com o advento da Revolução Industrial, que necessitou da mão-de-obra feminina, o retrato da família tradicional estampada pelo CC/16 estava em evidente declínio. Sobre essas importantes mutações, Maria Berenice Dias expõe que:

Muitos foram os fatores que levaram à transformação da família patriarcal de uma unidade de procriação e produção para a família nos dias de hoje: nuclear e linear. A nova família estrutura-se nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade. Não se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada.²

Dessa forma, o cenário começou a se modificar, visto que a família patriarcal enfraqueceu e as mulheres passaram a assumir papéis antes destinados apenas aos homens e sendo assim, as alterações legislativas foram inevitáveis.

O processo de emancipação feminina culminou com o surgimento de leis que representaram um grande avanço na modificação das relações familiares, foram elas: A Lei 4.121 de 1962, que ficou conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, conferindo a esta capacidade de exercer poder sobre os filhos e administrar seus bens, que antes ficavam a cargo do marido, podendo inclusive reservá-los na sociedade conjugal e a Lei 6.515 de 1977, denominada Lei do Divórcio que, como alude Maria Berenice Dias, “acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada”.³

Ademais, a própria Constituição Federal de 1934 já tinha expressado a vedação à discriminação da mulher, além de determinar ao Estado o dever de especial proteção à família, dedicando um capítulo exclusivo para tratar dos

¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2012, p.40.

²DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**- 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.28.

³DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 32.

temas sobre casamento e nascimento dos filhos, estabelecendo regras e conceitos.

Todo esse cenário exigia que o legislador modificasse o sistema jurídico pátrio no intuito de se prestigiar esse novo modelo familiar, e dessa forma, fora redesenhado o direito das famílias à luz de uma nova Constituição que findou por positivar inúmeros princípios e preceitos que possibilitaram o rompimento definitivo da antiga visão patriarcal arraigada em nosso ordenamento jurídico e o desabrochar de uma nova noção de família fundada na igualdade, dignidade da pessoa humana e no afeto, os quais se passam a ser analisados a seguir.

2.2 A NOVA CONFIGURAÇÃO DA FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PREVISÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A Constituição de 1988 ampliou o conceito de família, além de reconhecer suas novas configurações, assegurando-lhe direitos e atribuindo-lhe relevância diante da nova perspectiva social emergente. A inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento de toda ordem jurídica acabou por promover a repersonalização do Direito Privado, e assim, surge uma preocupação em proteger a pessoa e sua dignidade, o que acarreta, necessariamente, na proteção de todos os aspectos de sua personalidade.

Sob a égide do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana estabelecidos no texto constitucional, foi garantido o reconhecimento de outros tipos de uniões que não fossem apenas aquelas constituídas por meio do casamento, constituindo assim, um grande avanço para a sociedade brasileira, pois, essas uniões já existiam de fato, mas não de direito. Sobre o assunto, assevera José Sebastião Oliveira que:

A Constituição Federal reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira. Não foi a partir dela que toda a mudança da família ocorreu. Constitucionalizaram valores que estavam impregnados e disseminados no seio da sociedade.⁴

⁴ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91

Ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 submeteu toda lei e decisão judicial a esta premissa. Nessa seara, Maria Berenice Dias ressaltaa importância da influência do princípio da dignidade da pessoa humana na configuração do novo paradigma familiar:

O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.⁵

Ao promulgar a Constituição Federal de 1988, o constituinte originário concebeu, de acordo com o art. 226, caput, da CRFB/88, a família enquanto base da sociedade, e por isso, merecedora de uma proteção especial por parte do Estado. O artigo 226 da Constituição Federal traz ainda em seu texto inovações relevantes ao Direito de Família, como: a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (art.226, §3) e as famílias monoparentais (art.226,§4); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (art.226, §5); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal, independente de culpa (art.226,§6), o planejamento familiar, voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art.226, §7) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art.226, §8).⁶

Embora o princípio da afetividade não esteja expresso na CRFB/88,ele se apresenta como um princípio implícito, cujos fundamentos essenciais, segundo Paulo Lôbo são: o princípio da dignidade da pessoa humanae os preceitos dos artigos 226 §4º, 227, *caput*, § 5º c/c § 6º, e § 6º os quais preveem,respectivamente, o reconhecimento da comunidade composta pelos pais e seus ascendentes, incluindo-se aí os filhos adotivos, como sendo uma entidade familiar constitucionalmente protegida, da mesma forma que a família matrimonializada; o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da

⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 396.

criança e do adolescente; o instituto jurídico da adoção, como escolha afetiva, vedando qualquer tipo de discriminação a essa espécie de filiação; e a igualdade absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem.⁷

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a multiplicidade de entidades familiares, sejam elas biológicas ou socioafetivas, confere ao Princípio da Afetividade normatividade e uma participação essencial na ampliação do conceito de família decorrente da valorização da dignidade da pessoa humana. Paulo Lôbo ao versar sobre esse princípio alude que:

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.⁸

Assim, a Carta Democrática de 1988 consagrou princípios importantes na construção da família contemporânea, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, o da igualdade, liberdade, afetividade, melhor interesse da criança e convivência familiar. Os fundamentais valores sociais defendidos pela Constituição Federal de 1988 nortearam toda a construção jurídica ordinária posterior, como exposto em seguida.

2.3 PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Em face da consagração de fundamentais valores com a promulgação da Constituição Cidadã houve uma forte tendência à Constitucionalização do Direito Civil, especialmente ao tocante ao Direito de Família. Dessa forma, toda norma jurídica contida no Código Civil de 2002 passou a exigir a presença de fundamento de validade constitucional. Nesse sentido, Maria Berenice Dias destaca que:

⁷LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**. 4.ed.2ª tiragem [s.l.]: Saraiva, 2011, p. 12.

⁸Idem, p. 69.

Grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição.⁹

Assim, a inscrição desses novos valores pela Constituição de 1988 demandou uma releitura de toda a legislação infraconstitucional. Dessa forma, foi necessário redesenhar o direito civil, afastando sua concepção individualista, tradicional e patrimonialista, o que se denominou de “repersonalização do direito civil”. No que se refere à concretização do princípio da afetividade no Código Civil de 2002, Paulo Lôbo¹⁰ leciona que este se encontra contemplado no art. 1.593 do CC/02, uma vez que o referido artigo disciplina que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Desse modo, segundo o autor, o legislador ao reconhecer neste artigo além do vínculo de parentesco natural o civil, fez com que se abrisse a possibilidade de constituição de vínculos familiares pautados no afeto, a exemplo do que ocorre nas famílias socioafetivas.

Portanto, o Código Civil acabou por reestruturar alguns de seus dispositivos com base no princípio da afetividade. Assim, reconheceu a igualdade dos filhos (art. 1.596), admitindo, conseqüentemente, outra origem de filiação além da consanguínea (art. 1.593); estabeleceu a comunhão plena de vida no casamento, baseada no amor e na felicidade entre os cônjuges (art. 1.511) e ao regular o casamento e sua dissolução, priorizou as questões pessoais ante as patrimoniais.

Ainda, Paulo Lôbo ressalta que o princípio da afetividade vem sendo fortalecido pelo legislador, como por exemplo, na aplicação da Lei nº 11.112/2005, que tornou obrigatório o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas, preceito este que fora acompanhado pela Lei 11.698/2008, a qual estipula a guarda compartilhada, esta no intuito de efetivamente não haver a total quebra dos laços de afeto entre a família. Ademais, estabeleceu no art. 1.584, § 5º do CC/02 que a relação de afinidade

⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

¹⁰ LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. 2ª tiragem [s.l.]: Saraiva, 2012, p. 70.

e afetividade serão elementos essenciais para a definição do instituto da guarda, enaltecendo assim, o princípio supracitado.

Além disso, o vínculo de afetividade motivou a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) a trazer um importante conceito de família, qual seja: qualquer relação íntima de afeto. Essa definição mostra-se importante visto que alcança todo o sistema jurídico.

Assim, tem-se que o princípio da afetividade tem se mostrado de grande valia no realinhamento dos contornos jurídicos frente às modificações sociais que implicaram na adoção de novas posturas pelos intérpretes do direito, passando a ser o elemento formador e estruturador da definição da unidade familiar, permitindo, assim, que prevaleça o direito dos indivíduos de construir elos afetivos, em detrimento apenas do fator biológico.

2.4 A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM FACE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A codificação do direito civil à luz da Constituição mostrou-se inadequada e insuficiente para suprir os anseios da sociedade. Começou, assim, um processo de transição de modelo de Estado, com a consolidação dos pensamentos pós-positivos e houve a necessidade de se tutelar direitos dos grupos historicamente excluídos dos processos econômicos, sociais, políticos e jurídicos, a partir da aceção de cidadão e solidariedade social. Despontam assim, importantes estudos na área denominada “Humanização do Direito Civil-Constitucional”, que possui como objetivo a proteção dos “mais fracos”, a exemplo das crianças e idosos tutelados pela legislação pátria e merecedores da real observância do princípio da afetividade imposto pela premissa maior da dignidade da pessoa humana. Sobre esse tema, dissertam Maria Luiza Pereira de Alencar e Jeremias de Cássio Carneiro:

Deve evoluir o direito civil para além do direito personalizado, mesmo considerado o avanço ocorrido a partir do texto constitucional de 1988. A visão humanizada do direito privado, mais que defender a decorrência constitucionalizada (por vezes, ainda abstrata) do direito civil, demanda como diretriz e móvel condutor a condição de vulnerabilidade do ser humano no contexto da chamada exclusão social. Em outros termos, o direito civil humanizado pretende ir além do direito civil constitucionalizado, no que se refere à proteção da

dignidade da pessoa humana e do postulado ético-jurídico da solidariedade social, objetivando o resgate da “cidadania dos excluídos”, muitas vezes ainda à margem da proteção jurídica, não obstante o atual estágio de desenvolvimento do direito.¹¹

Dessa forma, tem-se que o processo de constitucionalização do direito civil encontra barreiras a uma tutela jurídica satisfatória, visto que por muitas vezes, a realização da dignidade humana tutelada constitucionalmente ocorre de maneira vaga ou abstrata e por esse motivo se faz necessária uma visão humanista de tais preceitos, como assevera os autores supracitados:

É na solidariedade e no dever ético-jurídico para com os outros, e também para com as futuras gerações, que se pode alcançar a materialização dos direitos humanos na esfera privada. Nesse contexto, ao lado do direito à igualdade surge, como direito fundamental, o direito à diferença. É preciso combater a discriminação da pessoa não somente através de proibições, mas, principalmente, pela utilização de compensações que garantam a realização da igualdade material.

A solidariedade social corresponde aos laços existentes entre os cidadãos e o princípio da igualdade seria o substrato desse tipo de solidariedade entre os indivíduos, o que implicaria dizer que qualquer prática que se distancie do ideal de coletividade provocaria uma redução dessa solidariedade, por isso a importância da concreta efetivação dos direitos daqueles hipervulneráveis, inclusive no Direito das Famílias.

2.5 A EVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA DA FAMÍLIA SOB O OLHAR DA AFETIVIDADE

Por todo o exposto, percebe-se que com o advento da Constituição Federal de 1988 e as transformações sociais, o elemento nuclear da família contemporânea passa a ser a afetividade, conforme ressalta GAMA:

¹¹FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; DE MELO, Jeremias de Cássio Carneiro. **A humanização do direito civil constitucional na perspectiva da defesa dos hipervulneráveis: o caso das pessoas com deficiência mental e a necessária revisão do conceito de incapacidade civil.** Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b767062d418441a0>> Acesso em: 15 de março de 2018.

Com o passar do tempo, as relações familiares afirmam, com unanimidade, os valores afetivos que a família unida consegue trazer para a sociedade, o bem-estar de cada indivíduo integrante desta. Desde a apreciação mútua cultivada pelos seus membros até a capacidade de resolverem juntos os conflitos através de uma comunicação, sem tabus e sem rancores, que impera em prol da família saudável, onde emana carinho, respeito e afetividade.¹²

No julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, o Ministro Luiz Fux, compartilhou na Suprema Corte sobre a importância da afetividade nas relações familiares, conforme trecho do voto abaixo:

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional.¹³

Assim, a família tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio deve estar assentada no afeto, na solidariedade recíproca, na aptidão de dar e receber amor, visando o desenvolvimento de seus membros, sempre na busca pela felicidade deles. É o que se costuma denominar de família eudemonista. Sobre o assunto, Maria Berenice Dias pontua que:

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: a família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.¹⁴

¹²GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2007, p.48.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277: ADI/4277**. Rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe 14/10/2011. Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>>. Acesso em: 16 de março de 2018.

¹⁴DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.54.

Assim, em decorrência da valorização do “ser” ao invés do “ter” nas relações familiares, surge a figura contemporânea da família eudemonista, onde a procura da felicidade pessoal de cada integrante do núcleo familiar se configura por ser a finalidade almejada por esta nova entidade familiar.

Desse modo, segundo Camila Andrade¹⁵, a convivência entre amigos que vivem juntos em um mesmo lar, rateando as despesas, compartilhando momentos alegres e tristes, configura mais um núcleo familiar baseado nos laços afetivos e solidariedade mútua. Sobre esse novo conceito de configuração familiar, assevera Paulo Lôbo que:

A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares¹⁶

Ainda sobre o tema, Maria Berenice Dias aduz que:

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor¹⁷

Esse processo de repersonalização, já tratado nos tópicos anteriores, fundamenta-se na valorização do indivíduo em face do antigo panorama em que se valorizavam as relações patrimoniais e dessa forma, contribuiu diretamente para a regulamentação dos diversos arranjos familiares pelo ordenamento jurídico já presentes na sociedade e dos futuros que podem ser formados.

Diante disso, é importante que o jurista consiga enxergar a pessoa humana em toda sua dimensão e não como simples e abstrato sujeito de relações jurídicas. O indivíduo moderno prioriza muito mais seu bem-estar e suas relações afetivas, cabendo ao Estado e também ao Direito se adaptar a essa nova tendência¹⁸. Nesses termos, verifica-se que, na atualidade, quando

¹⁵ ANDRADE, Camila. **O que se entende por família eudemonista?** Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/117577/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista-camila-andrade>> Acesso em : 20 de março de 2018.

¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. 2.tiragem. [s.l.]: Saraiva, 2012, p. 71.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p 34.

¹⁸ Idem, p.20-21.

se pensa na pessoa humana, é importante que se tenha consciência da tutela jurídica devida à realização do indivíduo nos seus aspectos subjetivos, especialmente no tocante à afetividade, onde este alcance garantirá para a família brasileira uma sociedade alicerçada e amparada por valores constitucionais, e assim, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito preconizado pela Carta Constitucional de 1988.

Sobre o desafio enfrentado pelo mundo jurídico acerca dessa evolução do paradigma familiar aduz Luiz Edson Fachin, conforme citado por Maria Berenice Dias:

O desafio que se coloca a todos os operadores do Direito é a capacidade de tratar das questões que envolvem família de forma cuidadosa, preocupada e atenta. O direito das famílias é menos que a família e seus direitos, e é mais que o mero espelho “judicializado” de um modo de conviver. A família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõe, é respeitada, incentivada e tutelada. Do mesmo modo, a família dignificada, isto é, abrangida e conformada pelo conceito de dignidade da pessoa humana, é necessariamente, uma família democratizada.¹⁹

Diante de todo esse cenário, direitos novos surgiram e estão a surgir. Aquilo que antigamente era tratado e estudado apenas pela ciência, agora está sendo também pelos juristas, que tentam entender e explicar as relações familiares, que mudam constantemente, para que a legislação também possa acompanhar tal mudança. Sobre esse aspecto, Enézio de Deus dispõe que:

É chegado o momento de os operadores jurídicos, de um modo geral, perceberem que não há como pensar o afeto somente no “*numerusclausus*” legal-positivado. Se a sociedade evoluiu, se as formas relacionais assumem novas feições, cabe ao Direito, enquanto ciência abrigá-las em prol da dignidade humana. Os parágrafos do mencionado artigo 226 da atual Constituição Federal devem ser vistos como exemplificativos de modelos familiares; mas nem todas as famílias, neles, exaurem-se. Mais acertado é perceber que o caput do referido dispositivo ampliou a proteção constitucional à família, qualquer que seja o tipo de convivência, [...] na perspectiva de uma vida em comum, com estabilidade e respeito mútuo. No momento em que os tribunais, os legisladores e os juristas puderem considerar “justa toda forma de amor”, haverá, [...] justiça, onde, em muitos aspectos, tem-se oferecido meia²⁰.

¹⁹DIAS, Maria Berenice, **Filhos do Afeto**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.30.

²⁰ Deus, Enézio de. **Família: para além do numerusclausus**. Disponível em <http://espacojuridico.blogspot.com.br/2005/05/familia-para-alm-do-numerus-clausus_19.html> Acesso em: 16 de março de 2018.

Assim, o estabelecimento de uma visão panorâmica do surgimento e evolução do direito das famílias é imperativo para o entendimento de que a família contemporânea sofreu inúmeros impactos e acabou sendo alterada em sua estrutura, função e valores para abrir-se a novas formas de constituição, mais flexíveis, democráticas, igualitárias e plurais, baseadas nos laços de afetividade entre seus membros. Além do mais, é imperioso ressaltar que a presença da afetividade no sistema, ao lado dos demais institutos e princípios de direito de família, poderá facilitar as diversas outras construções teórico-práticas que ainda terão de ser enfrentadas.

Portanto, houve uma verdadeira transição paradigmática na família brasileira contemporânea, pela qual a afetividade assumiu o marco destas relações. Todas as mudanças das normas constitucionais e infraconstitucionais acabaram por oferecer sustentáculo ao reconhecimento do princípio da afetividade como principal elemento definidor do conceito de família. E com base em tal princípio a jurisprudência vem construindo um novo perfil para o direito das famílias, e são justamente esses casos em que houve a preponderância do afeto que serão analisados no próximo capítulo.

3. A AFETIVIDADE COMO LINHA CONDUTORA NO JULGAMENTO DE CASOS CONCRETOS EM TRIBUNAIS SUPERIORES

A jurisprudência desempenha um papel de grande importância na consolidação da afetividade no sistema brasileiro, vez que, conforme será demonstrado no presente estudo, são inúmeras decisões que, concederam efeitos jurídicos à afetividade em diversas situações concretas. Ao analisarmos a matéria da afetividade na jurisprudência pátria, percebe-se a relevante contribuição dada por esses julgados, visto que aborda temas carentes de regulamentação que passaram a ter respaldo no mundo jurídico em face desse reconhecimento jurisprudencial que acabam por servir como pilar interpretativo das normas jurídicas na construção de novos paradigmas familiares, além de preencherem possíveis lacunas normativas e limitarem a atividade legislante do legislador pátrio sobre diversos temas já decididos. Assim, a atividade jurisprudencial vem resguardando e delimitando a extensão e os efeitos jurídicos do princípio da afetividade. Dessa forma, passaremos a análise de alguns julgados que abordaram tal princípio como base para suas conclusões, representando assim, conquistas no âmbito dessas transformações familiares e que servem como fundamento para que se discuta a possibilidade de reconhecimento do poliafeto como entidade familiar.

3.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O afeto passa a possuir repercussão importante no Superior Tribunal de Justiça, na medida em que essa Corte reconheceu que a filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança²¹. Assim, estabeleceu-se que a afetividade possui valor de extrema importância para a formação da pessoa humana. Com vistas a esse entendimento, o STJ, acertadamente, conferiu

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REsp 450.566/RS**. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19087670/recurso-especial-resp-450566-rs-2002-0092020-3/inteiro-teor-19087671>> Acesso em : 22 de março de 2018.

relevância do princípio da afetividade na adoção, como se mostrará a seguir, através da análise de julgados acerca do tema.

3.1.1.RE nº 1347228 / SC – PREFERÊNCIA DOS PAIS AFETIVOS À ORDEM DE ADOÇÃO

Toda adoção deverá observar rigorosamente a ordem de preferência do cadastro de adotantes. Nesse sentido, estabelece o art. 197-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.

Entretanto, o §13º do art. 50 do ECA traz três hipóteses nas quais poderá ser deferida a adoção mesmo sem que o interessado esteja incluído no cadastro de adotantes, quais sejam: caso se trate de pedido de adoção unilateral; se o pedido for formulado por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade ou for oriundo de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé, subtração da criança com o fim de colocação em lar substituto e/ou promessa, bem como, efetivação de filho ou pupilo a terceiro, mediante pagamento ou recompensa.

Porém, e se o caso concreto analisado envolver uma situação não abarcada pelo §13º do art. 50 do ECA? O que acontece, por exemplo, se um casal ingressa com o pedido de adoção de uma criança por eles criada desde o nascimento, mas este casal, que não é parente do menor, não se encontra inscrito no cadastro de adotantes? A adoção deverá ser negada por esse motivo? Essa criança deverá ser adotada pelo primeiro casal do cadastro visto à preferência deste na ordem?

Mesmo não se enquadrando nas hipóteses do §13º do art. 50, acima transcrito, o STJ, com extremo acerto e sensibilidade, já decidiu que a observância de tal cadastro, ou seja, a preferência das pessoas

cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta.

O acórdão analisado nesse sentido possui como relator o Ministro Sidnei Beneti e trata da relevância do princípio da afetividade na adoção. O mérito da questão figura-se em torno da observância da ordem de preferência no cadastro de adotantes, questionando se este prevalece ou não quando a recorrente pretende adotar a criança que esteve sob a sua guarda durante a maior parte de sua vida. Para melhor entender o dilema, segue a ementa do presente caso:

RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES - RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO - ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SEREVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA - PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1.- A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente. 2.- No caso dos autos, a criança hoje com 2 anos e 5 meses, convivia com os recorrentes há um ano quando da concessão da liminar (27.10.2011), permanecendo até os dias atuais. Esse convívio, sem dúvida, tem o condão de estabelecer o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos. 3.- Os Recorrentes, conforme assinalado pelo Acórdão Recorrido, já estavam inscritos no CUIDA - Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo o que, nos termos do artigo 197-E, do ECA, permite concluir que eles estavam devidamente habilitados para a adoção. (STJ - REsp: 1347228 SC 2012/0096557-1, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2012)

Em suma, o Ministro relator aduz em seu voto²² a extrema importância da relação de afeto existente entre a criança e os recorrentes, ressaltando que se devem evitar, ao máximo, situações de padecimento, por trazerem traumas

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1347228 SC 2012/0096557-1**, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 06/11/2012. Data de Publicação: DJe 20/11/2012. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665130/recurso-especial-resp-1347228-sc-2012-0096557-1-stj/inteiro-teor-22665131?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 de março de 2018.

às crianças perante as cenas de transferência de triste e inesquecível exemplo. Portanto, nesses casos, afirma o Ministro que é o interesse da própria criança que deve ser levado em consideração e lembra que o próprio cadastro de adotantes visa à observância do interesse do menor. Ressalta, igualmente, que resta evidente que a criança acabou por conviver quase 2(dois) anos com os recorrentes, e que esse convívio estabeleceu o vínculo de afetividade da menor com os pais adotivos. Conclui, então, que a inobservância da ordem do cadastro de adoção não é obstáculo para que seja atendido o melhor interesse da criança. Ante o exposto, deu-se provimento ao Recurso Especial, determinando o retorno dos autos ao Juízo de 1º Grau a fim de que, afastado o óbice ao deferimento do pedido de adoção e mantida a menor sob a guarda e responsabilidade dos ora Recorrentes, prossiga o Juízo no julgamento do feito. Os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Boas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Ministro Relator.

O mesmo arcabouço argumentativo é utilizado na admissão pelo STJ da chamada adoção *intuitu personae*. Vale ressaltar que nessa modalidade de adoção, os pais biológicos ou apenas um deles entregariam o menor para a família de sua escolha, ou seja, designariam por quem o menor seria criado, sem a necessidade da realização da inscrição no referido. Assim, na apreciação de tal caso seria levado em conta o princípio da afetividade, ou seja, os laços de afeto existentes entre o adotando e o adotante, o grau de aproximação entre ambos, bem como, o melhor interesse do menor. Sobre o tema, aduz Maria Berenice Dias:

Chama-se de adoção *intuitu personae* ou adoção dirigida quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém em adotar uma certa criança. As circunstâncias são variadas. Há quem busque adotar o recém-nascido que encontrou no lixo. Também há esse desejo quando surge um vínculo afetivo entre quem trabalha ou desenvolve serviço voluntário com uma criança abrigada na instituição. Em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretense adotante. Porém, a tendência é não reconhecer o direito de a mãe escolher os pais do seu filho. Aliás, dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor da que pode lhe propiciar, é

atitude que só o amor justifica. E nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho.²³

Mães solteiras, por não terem condições de criar seu filho, o abandonam na porta da casa de alguma família, que cria essa criança como se filho seu fosse e estabelece com ela elo de afetividade; e sendo assim, por que essa família não poderia realmente vir a adotar? A hipótese que está prevista no inciso II do artigo 50 do parágrafo 13º do ECA defere a adoção feita por parente com a qual a criança ou adolescente mantém ligação de afinidade e afetividade, sem ser necessário o mesmo estar inscrito no Cadastro Nacional de Adoção. Assim, cabe também levar em consideração a possibilidade de um “não-parente” com o qual a criança tem laços afetivos, vir a adotar, sem previamente se encontrar cadastrado. Ainda na defesa desse instituto, Maria Berenice Dias argumenta:

(...) Aliás, dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe. Sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor que a sua, é atitude que só o amor justifica. E nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção intuitu personae, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção.²⁴

Portanto, essa adoção deve ser defendida, caso comprovada a existência de laços entre o adotante e o adotando, vínculos esses que devem ser resguardados de forma primordial nestes casos. Dessa forma, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS -

²³DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.510.

²⁴DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ado%E7%E3o_e_a_espera_do_amor.pdf>. Acesso em 29 de março de 2018.

PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro; II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo; III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade; IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente; Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos. Recurso Especial provido (STJ- Resp 1172067- MG. Relator: Ministro Massami Ueyda, Data de Julgamento: 18/03/2010, Terceira Turma, Data de Publicação : 14/04/2010.)

No caso acima, a mãe biológica consentiu a doação de sua filha a um casal, ou seja, praticou a chamada *adoção intuito personae*. Entretanto, outro casal que estava na lista de espera no Cadastro de Adoção se opôs a esta guarda provisória. Logo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais afastou a guarda do primeiro casal e a concedeu ao segundo. Dessa forma, a criança foi entregue para o casal que se encontrava devidamente registrado no referido cadastro, sendo que o casal ora escolhido pela mãe da menor, por não se encontrar cadastrado, acabou sendo afastado da referida adoção, fundamentando o juiz, que uma criança com menos de um ano de idade não poderia ensejar a criação de laços afetivos com aquela família escolhida pela mãe. O Superior Tribunal Federal, por sua vez, reformou a decisão de 1º grau conferindo ao primeiro casal, que não estava cadastrado no referido registro,

aguarda da criança, visto que foi comprovada a existência de laços afetivos entre o primeiro casal e o adotando.

Conclui-se, com base no tema aqui tratado, que o princípio da afetividade é de grande importância, já que é baseando-se nele que se pode defender a preferência das pessoas que não estão cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, visto a formação de forte vínculo afetivo entre essas, revelando, assim uma possibilidade de adoção ainda não entendida como legal pelo nosso ordenamento jurídico, mas amparada acertadamente pela jurisprudência superior pátria.

3.1.2 RE nº 1.663.137 / MG – ADOÇÃO PÓSTUMA

A adoção póstuma, também chamada de adoção *post mortem*, é aquela em que a adoção será considerada efetivada ainda que haja o falecimento do adotante no curso do processo de adoção, ou seja, antes de prolatada a sentença constitutiva da adoção falece o adotante no curso do processo e para tal, é necessário que o adotante tenha manifestado em vida inequívoca vontade de adotar. Encontra-se prevista no art. 42 §6 do ECA, *in verbis*:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.
(...)
§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

Assim, a adoção póstuma, pela letra da lei, somente se concretiza pela conjugação de dois requisitos: a inequívoca manifestação de vontade de adotar e se o adotante falecer no curso do procedimento. Entretanto, como ficará, o adotante que tiver manifestado a inequívoca vontade afetiva de adotar e acabou por falecer sem que tenha havido manifestação judicial prévia? Mesmo inexistindo procedimento previamente instaurado, tal adoção deve se consolidar, caso se comprove que o pretense adotante havia manifestado em vida sua intenção em ter o adotado como filho, concretizando os laços de afetocriado entre eles, e, principalmente, para resguardar os direitos e

garantias da criança ou adolescente, no que diz respeito à sua condição de filho.

Nesse sentido, a jurisprudência acabou por admitir que o adotante que estabeleceu, antes de sua morte, com o adotando uma relação fática paterno-filial, tivesse sua vontade materializada por meio de sentença de adoção no intuito de regularizar a situação de fato existente. Conforme defendem Farias e Rosenvald:

De acordo com a letra expressa dos textos legais citados, o deferimento da adoção póstuma estaria submetido à existência de um procedimento judicial em andamento. Ou seja, pressupõe a propositura de uma ação de adoção, com a morte superveniente do autor-adotante. No entanto, em louvável posicionamento, a jurisprudência vem mitigando a dureza da norma legal, admitindo que a adoção seja deferida mesmo que o procedimento em juízo não tenha se iniciado, desde que comprovada a inequívoca manifestação de vontade do adotante. Sem dúvida, é a melhor solução na medida em que a vontade de adotar pode ter sido manifestada, inequivocamente, antes mesmo do ajuizamento da ação. Na prática forense, essa possibilidade é chamada de adoção post mortem e se aproxima, conceitualmente, de uma ação de investigação de paternidade ou maternidade post mortem socioafetiva.²⁵

Como prova disso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu essa possibilidade em diversos julgados no qual, em situações excepcionais, de comprovação inequívoca do vínculo afetivo entre o adotante e o adotado, poderia conceder a adoção póstuma, mesmo sem início do procedimento adotivo:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. LAÇO DE AFETIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO CABAL. 1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. 2. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. 3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o

²⁵DE FARIAS, Cristiano Chaves ;ROSENVALD, Nelson .**Curso de Direito Civil**. Salvador, JusPODIVM, 2014, p.952.

processo de adoção.4.Recurso especial conhecido e provido. (Resp 1663137-MG, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 15/08/2017, Terceira Turma, Data de publicação: 22/08/2017)

Nesse caso em comento, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça analisou recurso que visava reverter acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que julgou improcedente o pedido de adoção por parte do pai, já morto, reconhecendo apenas o cabimento da adoção pela viúva, pois considerou que não houve prova inequívoca da manifestação de vontade do falecido. No STJ, a relatora afirmou que não poderia ignorar a existência de um relacionamento filial entre a adotanda e aqueles que a criaram desde um ano e dez meses de idade até a fase adulta, principalmente em razão do que ficou comprovado com a petição inicial protocolada pela mãe adotiva, na qual traz fatos sobre toda a vida escolar da adotanda, bem como seus convites de formatura e de casamento em que constam os nomes da viúva e do falecido como seus pais. Nas palavras da relatora:

Havendo “consistente e irrefutável comprovação de que adotante e adotado construíram durante a vida um inequívoco relacionamento socioafetivo de pai/filha, um possível pedido judicial de adoção, antes do óbito, teria apenas selado com o manto da certeza o que a vida em comum de ambos já confirmara: que eles já teriam incorporado e dado publicidade de que formavam, por vínculos socioafetivos, uma relação de pai e filha”²⁶

Portanto, fora reconhecida a adoção por parte do falecido, já que consideraram que ficou comprovado que a adotanda recebeu tratamento idêntico ao de filha por parte dele durante sua vida, manifestado não apenas no suporte material, mas também pela configuração de laços de afeto entre eles. Sobre a relevância do vínculo afetivo estabelecido em vida entre adotante e adotado, Maria Berenice Diasressalta:

Ora, no momento em que é admitida a possibilidade da adoção, mesmo que não tenha o adotante dado início ao respectivo processo, às claras se esta aceitando o reconhecimento da paternidade afetiva. Até porque é isso que a sentença faz. Flagrada a posse do estado de filho, ou melhor, da posse do estado de pai, é declarado o vínculo de filiação por adoção. A posse de estado de filho é mais do que uma

²⁶BRASIL.Superior Tribunal de Justiça.**RECURSO ESPECIAL : REsp 1663137 MG 2017/0068293-7**. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/491774985/recurso-especial-resp-1663137-mg-2017-0068293-7/relatorio-e-voto-491775015?ref=juris-tabs#>> Acesso em : 30 de março de 2018.

simples manifestação escrita feita pelo de cujus, porque o seu reconhecimento não está ligado a um único ato, mas a uma ampla gama de acontecimentos que se prolongam no tempo e que perfeitamente servem de sustentáculo para o deferimento da adoção. A justiça apenas convalida o desejo do falecido.²⁷

Esse estabelecimento da posse do estado de filho através do reconhecimento da filiação socioafetiva *post mortem* restou reafirmada no informativo de n.º 581 do STJ, *in verbis*:

DIREITO CIVIL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. Será possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte de quem se pretende reconhecer como pai. De fato, a adoção póstuma é prevista no ordenamento pátrio no art. 42, § 6º, do ECA, nos seguintes termos: "A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença." O STJ já emprestou exegese ao citado dispositivo para permitir como meio de comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público daquela condição. Portanto, em situações excepcionais em que fica amplamente demonstrada a inequívoca vontade de adotar, diante da sólida relação de afetividade, é possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto.²⁸

Nessa seara de adoção póstuma, vale ressaltar a decisão do STJ no sentido de conferir reconhecimento de adoção pleiteada por uma família anaparental, essa resulta da colateralidade de vínculos, ou seja, pode ser composta por vários irmãos, ou dos tios e sobrinhos, ou então duas primas, dentre tantas outras possibilidades. Sobre o tema, preleciona Maria Berenice Dias:

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para formação do acervo matrimonial, constitui uma entidade familiar. Na hipótese do falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária. Também reconhecer mera sociedade de fato e invocar a Súmula 380, para conceder somente a metade dos bens à sobrevivente gera flagrante injustiça com quem ajudou a amealhar dito patrimônio. A solução que se próxima ao resultado justo é conceder à irmã, com quem a falecida convivia a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria de vidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. Ainda que inexistia

²⁷DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.485, 2013.

²⁸**INFORMATIVO** comentado **581**. Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/informativo-esquematizado-581-stj_8.html> Acesso em : 30 de março de 2018.

qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável.²⁹

No sentido de conceder respaldo jurídico na constituição dos vínculos familiares aos anaparentais, fora julgado o REsp 1.217.415 do Superior Tribunal de Justiça, o qual relata o caso de uma adoção póstuma, em que dois irmãos de sexo opostos, que viviam como se família fossem, puderam adotar um menor, segue a ementa:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMÍLIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE.(...) O fim expressamente assentado pelo texto legal – colocação do adotando em família estável – foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu – nos limites de suas possibilidades – seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, a chamada família anaparental – sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido. (STJ – REsp 1.217.415-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/6/2012).³⁰

Verifica-se, portanto, que é o afeto e o carinho bases da constituição de uma entidade familiar e sendo assim, merecedora da proteção especial do Estado. À vista disso, ressalta-se que não cabe à lei julgar ou menosprezar o afeto cultivado por toda uma vida, sendo que a hipótese de adoção póstuma deverá ser oficializada pela interpretação da importância do vínculo afetivo formado entre os conviventes.

3.2 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No âmbito das relações de família, pautadas pelas diretrizes constitucionais da afetividade, igualdade e dignidade da pessoa humana é

²⁹ DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias** – São Paulo, 2008, p.49.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.217.415-RS**, Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271895/recurso-especial-resp-1217415-rs-2010-0184476-0-stj/inteiro-teor-22271896?ref=juris-tabs>> Acesso em: 01 de abril de 2018.

necessário que se haja uma proteção especial por parte do Supremo Tribunal Federal, haja vista a aplicabilidade direta desses preceitos constitucionais, cuja violação representa ofensa a dispositivo constante na Carta Magna. Cabe então, ao STF resguardar as normas constitucionais e seus princípios basilares, especialmente no tocante as relações familiares, conforme posicionamento adotado nos julgados expostos a seguir.

3.2.1 RE nº 898060 / SC – RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

A concepção adotada pelo ordenamento pátrio relativamente à afetividade trouxe à sociedade atual um caráter pluralista. Houve, então, a necessidade de se reconhecer o instituto da multiparentalidade, que corresponde à coexistência das filiações biológica e socioafetiva no registro civil do indivíduo, ou seja, tratam-se de casos em que o indivíduo possui mais de um pai e/ou mais de uma mãe oficialmente reconhecidos e registrados em seu documento civil, todos surtindo idênticos efeitos, mostrando-se não apenas como direito, e sim como obrigação, conforme assevera Maria Berenice Dias³¹. Assim, esse instituto provocou a quebra do paradigma de concepção clássica de família, ao inserir mais de um indivíduo na determinação filial de outro indivíduo.

Apesar de não haver previsão legal expressa para o reconhecimento da multiparentalidade, a Constituição Federal de 1988 outorga para quem planeja constituir família, ampla liberdade de escolha, consubstanciada pelo livre planejamento familiar (art. 226, §7º). Desse modo, tendo ainda por base o princípio da igualdade entre as filiações previsto na Carta Magna, consta no registro três relações parentais distintas, constituindo assim mais uma quebra de paradigmas no que cerne à estrutura familiar.

Assim, a multiparentalidade ganhou destaque pelo crescimento das chamadas famílias recompostas, onde o padrasto/madrasta assume a autoridade parental, sem que haja, entretanto, o afastamento do genitor do convívio com o filho. A multiparentalidade, entretanto, não teve aceitação

³¹DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias** . 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.385.

imediate e os primeiros julgados existiram no sentido de não permitir sua procedência, conforme transcrito a seguir:

Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva. Efeitos meramente patrimoniais. Ausência de interesse do autor em ver desconstituída a paternidade registral. Impossibilidade jurídica do pedido. Considerando que o autor, embora alegue a existência de paternidade socioafetiva, não pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico, o pedido configura-se juridicamente impossível, na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida de ofício. Processo extinto. Recurso prejudicado (TJRS; Apelação Cível nº 70027112192; 8ª Câmara Cível; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. em 2.4.2009)

Porém, uma criança, cujos pais biológicos se divorciaram, ao perder seu pai biológico ainda nos primeiros meses de vida, e começa, portanto, a ser educada pelo seu padrasto e mãe biológica teria que escolher entre um e outro? É imperioso que o Direito acompanhe as mudanças sociais e por esse motivo, começaram a emergir decisões estabelecendo que a filiação socioafetiva não poderia eliminar a possibilidade de filiação biológica, uma vez que se tratam de critérios distintos, podendo coexistir simultaneamente sem qualquer obstáculo.

Na esteira do julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 e da análise da Repercussão Geral 622, o STF aprovou a tese que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Esse julgado pelo Superior Tribunal Federal pôs fim às divergências jurisprudenciais sobre o tema, onde a decisão mantém e reconhece a multiparentalidade, o que confirma o princípio da afetividade nas relações familiares e consolida o vínculo socioafetivo como suficiente vínculo parental. No seu voto, o Ministro Relator Luiz Fux, aduziu que:

A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade. É imperioso reconhecimento, para todos os fins de direito, dos vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos. Na doutrina brasileira, encontra-se a valiosa conclusão de Maria Berenice Dias, *in verbis*: “não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. Agora é possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos. Não só no âmbito do direito das famílias, mas também em sede sucessória. (...) Tanto é este o caminho que já há a possibilidade da inclusão do sobrenome do padrasto no registro do

enteado” (Manual de Direito das Famílias. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 370). Tem-se, com isso, a solução necessária ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).³²

Admitindo-se, pois, a multiparentalidade, Maria Berenice Dias defende ainda a possibilidade de adoção multiparental. Explica a autora:

Se é reconhecida a multiparentalidade, tal pode ocorrer com na adoção. Duas ou mais pessoas, ainda que não sejam vinculadas por um laço de conjugalidade- serem casados ou viverem em união estável- podem se candidatar à adoção conjunta.³³

Por todo o exposto, é imperioso que se reconheça pelo Direito a coexistência dos vínculos socioafetivo e biológico, que devem estabelecer entre si, relações não de exclusão, mas de complementaridade, sendo esses dois fatores filiais fundamentais para a construção da identidade e da personalidade dos filhos. Esse reconhecimento tende a refletir, positivamente, nos envolvidos, possibilitando, assim, uma maior realização pessoal e familiar. Nesse sentido, aduz Flávio Tartuce que: “[...] a multiparentalidade é um caminho sem volta para a modernização do direito da família, e que representa uma consolidação da afetividade como princípio jurídico”.³⁴

3.2.3 RE nº 846102/PR – RECONHECIMENTO DA ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

O Brasil é um Estado Democrático de Direito e tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e liberdade garantidos pela Carta Magna do país é necessário que seja garantida a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente, às minorias, como é o caso dos homoafetivos para que esses possam usufruir do direito de constituir família e para que haja redução de preconceitos vivenciados por eles. Por esse

³²BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060**. Relator: Min, Luiz fux., julgado em 21/09/2016, p.18. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>> Acesso em : 06 de abril de 2018.

³³DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**- 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.96.

³⁴TARTUCE, F. **O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações**. Revista Jurídica Consulex, 2012, p. 28-29.

motivo, as relações homoafetivas estão enquadradas constitucionalmente como uma forma de família.

O art. 5º da CF preleciona: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o que deixa claro que qualquer tipo de distinção por opção sexual é inconstitucional, inclusive o impedimento de estes constituírem família. Como desfecho desse processo de formação de um novo conceito de família, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu, em novembro de 2011, na ADI 4277-DF³⁵, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo. Dessa forma, excluiu do art. 1.723³⁶ do Código Civil a expressão “homem e mulher” e permitiu a acepção extensiva aos casais de mesmo sexo, conferindo interpretação conforme a Constituição, eliminando qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública, e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”. Inclusive, reconheceu que “parceiros em relação afetiva homoafetiva duradoura e pública terão os mesmos direitos e deveres das famílias formadas por homens e mulheres”.³⁷

Desse modo, não existindo razão para bloquear o reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo enquanto família, a adoção por homoafetivos surge como meio hábil de cumprimento do que ordena o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que conferiu às crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, e, ainda, colocá-los à margem de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e pressão.

Sobre esse tema, assevera Maria Berenice Dias:

A postura omissiva da Justiça felizmente vem sendo superada. Passou a atentar a tudo que vem sendo construído doutrinária e jurisprudencialmente na identificação dos vínculos de parentalidade. A filiação socioafetiva se sobrepõe sobre qualquer outro vínculo, quer biológico, quer legal. Negar a possibilidade do reconhecimento da

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277**: ADI/4277. Rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 07 de abril de 2018.

³⁶Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

³⁷MOTTA, Severino. **Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família**. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/>>. Acesso em: 08 de abril de 2018.

filiação que tem por base a afetividade, quando os pais são do mesmo sexo é uma forma perversa de discriminação que só prejudica quem apenas quer ter alguém para chamar de mãe, alguém para chamar de pai. Se são dois pais ou duas mães, não importa, mais amor irá receber.³⁸

Ainda há certa resistência por parte de certos doutrinadores acerca do tema, nesse sentido aduz a autora supracitada:

Permanece a resistência em ser concedida a adoção a um casal que mantém uma união homoafetiva. As justificativas são muitas: problemas que a criança poderia enfrentar no ambiente escolar; ausência de referenciais de ambos os sexos para seu desenvolvimento; obstáculos na Lei dos Registros Públicos... Mas o motivo é um só: o preconceito. Há uma enorme resistência em aceitar os pares de pessoas do mesmo sexo como família. Existe o preconceito de que se trata de relacionamento sem um perfil de retidão e moralidade que possa abrigar uma criança.³⁹

Mormente, com base no princípio do direito à convivência familiar, a afetividade, a proteção integral e a prioridade de observância do melhor interesse da criança e do adolescente, nada mais acertado do que conferir aos casais homoafetivos todas as prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal entre pessoas do mesmo sexo legalmente viável.

Para Silva Júnior, “[...] os filhos de pais homossexuais são tão bem equilibrados social e psicologicamente quanto os filhos de pais heterossexuais”.⁴⁰ Ele aduz ainda que:

Bem ajustados os papéis de gênero e, de forma saudável, vivenciada a afetividade na união homossexual, não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade do adotando – sob o prisma, inclusive, da orientação afetivo-sexual –, pois os referenciais pai e mãe são representações simbólico-comportamentais de gênero que não se exaurem no corpo físico, enquanto sexo biológico. Todas as pessoas, a priori, são capazes de desempenhar, com eficiência, as papéis materno e paterno, a depender da personalidade e da maior identificação com um ou com outro.⁴¹

Além disso, a adoção por casais homoafetivos representa vantagens ao adotando, que por muitas vezes permanece durante anos em abrigos ferindo, assim, o princípio da prevalência dos interesses do menor que se encontra

³⁸DIAS, Maria Berenice. **Artigo: Adoção Homoafetiva.** Disponível em < http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=479&isPopUp=true > Acesso em 08 de abril de 2018.

³⁹Idem.

⁴⁰SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 3.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p.125.

⁴¹ Idem, p.115.

duplamente previsto em nosso ordenamento, de forma genérica e específica, respectivamente no art. 1º, III da CF e no art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com base em todo o exposto e como corolário dos entendimentos que já vinham desapontando nesse sentido, em março de 2015, no Recurso Extraordinário nº 846102⁴², o Superior Tribunal Federal manteve decisão que autorizou a adoção de criança por um casal homoafetivo. Em seu voto a Ministra Carmem Lúcia argumentou que:

O conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. A isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.⁴³

Dessa forma, não se podem negar garantias fundamentais, como as da igualdade e da dignidade humana, pela orientação sexual de cada pessoa, sendo que é de grande relevância o reconhecimento jurídico dessa nova entidade familiar, visto que é a afetividade que norteia sua formação, possibilitando que a quantidade de crianças e adolescentes que entram e permanecem em abrigos seja reduzida, além de ceder um lar e a assistência necessária para o seu crescimento e desenvolvimento.

Sobre os dois últimos temas apresentados até então, é relevante a decisão da Justiça da Bahia ao conceder adoção de uma criança a um casal de mulheres sem destituir o poder familiar da genitora, já que nas avaliações psicológicas, verificou-se o vínculo de afetividade entre a criança e o casal pretendente da adoção sem que deixasse de lado seu vínculo com a mãe biológica. Assim, a criança passou a ter três mães em seu registro civil.⁴⁴

⁴²BRASIL.Superior Tribunal Federal. **RE: 846102 PR - PARANÁ**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>> Acesso em : 10 de Abril de 2018.

⁴³ Jus Brasil. **Reconhecimento de união homoafetiva e adoção. Decisão do STF no processo nº 846102 do dia 18/03/2015.** Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/174638876/andamento-do-processo-n-846102-do-dia-18-03-2015-do-stf?ref=topic_feed> Acesso em: 10 de abril de 2018.

⁴⁴G1. **Justiça Concede inserção do nome de 3 mães em certidão de criança na BA.** Disponível em <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2014/11/justica-concede-insercao-do-nome-de-3-maes-em-certidao-de-crianca-na-ba.html>> Acesso em: 11 de abril de 2018.

À vista do exposto, a possibilidade da adoção homoafetiva, livres de estigmas e preconceitos, permite a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual, fundada em princípios de dignidade e de solidariedade, na constante busca da felicidade.

3.2.2RE nº 1.159.242 / SP – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A dignidade da pessoa humana, revelada como princípio protegido constitucionalmente passou a se preocupar com a valorização do indivíduo dentro da família, buscando, assim, o pleno desenvolvimento da sua personalidade. Entretanto, tal otimização depende da manutenção de um intenso e saudável convívio familiar. Nessa ótica, cabe aos pais o dever de guarda, sustento e educação da prole. À respeito, afirma Rolf Madaleno:

É mandamento constitucional imposto aos pais de todos os matizes, sejam eles de vínculos conjugais, conviventes, monoparentais, biológicos, adotivos ou socioafetivos, porque deles é o dever de assistir, criar e educar os filhos menores em todas as suas fases de desenvolvimento, até chegarem à idade adulta, quando devem estar preparados para assumirem as suas responsabilidades pessoais e sociais, tornando-se indivíduos produtivos e muito provavelmente também eles pais. Atualmente, a família recebe proteção do Estado, sendo considerada como princípio universalmente adotado nas Constituições da maioria dos países. Apesar de se tratar de uma relação privada, há o direito da intervenção estatal sempre que configurada situação de interesse social ou público, destacando-se quanto ao primeiro, o desejo em assegurar que o abandono familiar seja punido.⁴⁵

Dessa forma, parte da doutrina e da jurisprudência têm entendido, que o Estado deve assegurar que o pai/mãe omissos sejam responsabilizados civilmente a indenizar seu filho pelo dano moral (e psíquico) sofrido com o afastamento desses, uma vez que a convivência do menor com seus ascendentes é de suma importância para a formação de sua personalidade dentro do princípio da dignidade humana.

⁴⁵MADALENO. Rolf. **A multa afetiva.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=52>> Acesso em: 12 de abril de 2018.

Vale, inicialmente, conceituar o instituto da responsabilidade civil. O atual Código Civil pátrio, em seu artigo 927⁴⁶, estabelece os pressupostos caracterizadores do instituto em comento, quais sejam: a ocorrência de dano; a ação ou omissão do agente e a existência de nexo de causalidade entre o dano e a ação. Assim, afirma Maria Helena Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.⁴⁷

No que tange ao primeiro elemento, têm-se que o dano causado pelo abandono afetivo é um dano à personalidade do indivíduo, atributo pessoal da dignidade humana, assim sendo, a prole possui direito de receber do seu genitor abrigo, afeto e convívio, elementos esses essenciais para um perfeito desenvolvimento moral e psíquico. Neste sentido, Eddla Karina Gomes Pereira diz:

De fato, os transtornos psicológicos provenientes da falta de solidez do seio familiar são capazes de implicar sequelas intransponíveis. Isto porque, é sobretudo no âmbito mais próximos das pessoas que se assimilam valores primordiais para o saudável desenvolvimento humano, notadamente no que diz respeito à formação de um cidadão.⁴⁸

O segundo elemento encontra respaldo na omissão decorrente da violação do dever de assistência moral, afetiva e psíquica que os pais têm com os seus filhos, ao deixarem de exercitar o convívio familiar com seus filhos. Tal pleito vem sendo geralmente fundamentado na violação de deveres jurídicos decorrentes do poder familiar e ofende o princípio da paternidade responsável, conforme disposto nos artigos 227 e 226, §7º da Constituição Federal, bem como no descumprimento das disposições presentes no art. 1.634 do Código Civil, mais precisamente nos incisos I e II, que asseguram o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do filho. Neste sentido, posiciona-se Rolf:

⁴⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7: Responsabilidade Civil**. 17ª ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

⁴⁸ GOMES. Eddla Karina. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

A desconsideração da criança e do adolescente no âmbito de suas relações, ao lhes criar inegáveis carências afetivas, traumas e agravos morais, cuja gravidade se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim, padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deverá seguir e ama⁴⁹

Por fim, é necessário que ocorra o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo filho e a culpa do genitor na conduta omissiva, gerando, assim, prejuízos emocionais merecedores de reparação. Assim, essa falta do cumprimento de deveres jurídicos dos pais para com a sua prole viola o princípio da afetividade, o que faz surgir o ato ilícito capaz de ensejar a aplicação do dano moral. Desse modo, é de grande relevância a presença dos genitores na vida dos seus filhos. Neste sentido, conclui Giselda Hironaka:

Bons e maus pais, boas e más mães sempre houve. E continuarão a existir durante muito tempo, quiçá para sempre. Enquanto não se puder perceber que o afeto é a mola propulsora da engrenagem familiar - e não o patrimônio ou os laços biologizados, apenas -, muitos outros casos de maus pais e más mães serão encontrados. Da mesma forma, enquanto não se puder perceber que o casal conjugal deve se dissociar do casal parental, as crianças continuarão servindo apenas de instrumento colocado à mercê dos interesses específicos de seus pais, tal qual receptáculos de suas frustrações ou de seus sonhos falidos. O filho, além do direito ao nome paterno e do seu sustento material, dado através da pensão alimentícia, tem o direito de receber do seu genitor abrigo, afeto, proteção e carinho, sendo estes elementos essenciais para um perfeito desenvolvimento moral e psíquico (direito ao estado de filho). Escusando-se o pai injustificavelmente de seus deveres de assistência moral e psíquica, estará agindo ilicitamente, o que lhe acarretará o dever de indenizar o filho pela dor causada pelos traumas e carências decorrentes de sua atitude desumana.⁵⁰

Em que pese à afetividade apresentar-se como princípio devendo tornar-se um direito a ser cumprido, muito se discute sobre o fato de não haver a possibilidade de se impor a um pai que tenha amor por seu filho, pois não há o que se falar em quantificar amor. Porém, a indenização deve ser encarada como um meio pedagógico, com o escopo de desestimular que outros pais

⁴⁹MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 311 e 312.

⁵⁰HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes. **Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo**. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>> Acesso em: 13 de abril de 2018.

tenham uma postura semelhante, com base no princípio da paternidade responsável. Sobre o assunto alude Rodrigo da Cunha Pereira:

(...) não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas a sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente.⁵¹

Em caso pioneiro no Rio Grande do Sul, ajuizado no Município de Capão da Canoa, um pai foi condenado ao pagamento de 200 salários-mínimos de indenização por abandono moral de sua filha, na qual a autora, já com 23 anos, fundamentou sua alegação de abandono nos traumas sofridos pelo fato do genitor ter deixado de visitá-la aos dez anos de idade, mesmo tendo mantido durante este período o pagamento da pensão alimentícia. Ao fundamentar sua decisão, o magistrado priorizou os deveres decorrentes da paternidade, dispondo que:

Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.⁵²

Dessa forma, apesar do genitor ter mantido o pagamento de pensão alimentícia deixou de proporcionar a filha o convívio familiar, e sendo assim, abdicou de lhe fornecer o principal suporte para que se mantenha viva e desenvolva sua personalidade com dignidade: o afeto. Na obrigação de manter

⁵¹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

⁵²MACHADO, Gabriela Soares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao/2>> Acesso em 15 de abril de 2018.

sua filho nutrido, acabou por deixar faltar o “alimento para alma, afinal de contas, nem só de pão vive o homem”⁵³.

No julgamento do Recurso de nº 1.159.242-SP⁵⁴, o Supremo Tribunal Federal referendou a decisão da Corte de Justiça, em que um pai foi condenado a pagar R\$ 200.000,00 de indenização por abandono afetivo, tendo em vista a alegação da filha de ser vítima de abandono material e afetivo durante sua infância e juventude. A ministra Nancy Andrighi, relatora do acórdão, ponderou que “amar é faculdade, mas cuidar é dever”.⁵⁵, cuja ementa segue abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurto, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.

⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1159242/SP (2009/0193701-9)**. Relª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2012-04-24;1159242-1185550>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1159242/SP (2009/0193701-9)**. Disponível em http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf Acesso em 05 de abril de 2018.

Sobre essa responsabilidade civil por abandono afetivo, Maria Berenice Dias pondera que:

Mesmo que o pai apenas visite o filho por receio de ser condenado a pagar uma indenização, é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, é imperioso que a justiça imponha coercitivamente essa obrigação. O dano à dignidade do filho deve ser passível de reparação material para que possa ser dissuadida pela firme posição do judiciário, ao mostrar que o afeto tem um preço muito alto na nova configuração familiar.⁵⁶

Portanto, é mister reconhecer o afeto como *animus* na formação e preservação da entidade familiar, sendo essencial na formação e desenvolvimento do menor. Assim, o dever de cuidar que encontra amparo Constitucional, deve estar atrelado ao afeto, e assim, o seu descumprimento gera ato ilícito e, portanto, indenização, tendo como base o artigo 927 do Código Civil.

3.2.4- RE Nº 646.721/ RS– INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL, QUE TRATA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO

A união estável é a relação pública, contínua e duradoura entre duas pessoas livres para o matrimônio (porém que não o firmaram), com o objetivo de constituir família, sendo assim, figura como uma configuração familiar alicerçada no afeto entre os conviventes. Conceito este trazido pelo art. 1.723 do Código Civil, senão vejamos:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

No mesmo sentido estabelece o art. 226, §3º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.(...)

⁵⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010, p.454-455.

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Portanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a União Estável passou a ser reconhecida como entidade familiar, possuindo o mesmo *status* do casamento. Entretanto, esse princípio da isonomia não se estendeu ao direito sucessório regulado pelo Código Civil que ordenou o companheiro e a companheira de forma diferenciada da pessoa casada na colocação da disposição sucessória, conforme estabelece o art. 1790 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

O artigo ora questionado dispôs sobre o regime da sucessão legítima nas uniões estáveis de forma diversa do regime geral previsto no art. 1.829 do mesmo Código em relação ao cônjuge, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Entretanto, com vistas à importância dada a essa nova visão do modelo de família contemporâneo, onde o afeto causa impacto e traz à tona a discussão sobre a necessidade de enxergar as entidades familiares como ambiente construtor de laços afetivos, já que esses são responsáveis por fortalecer o vínculo e manter a unidade familiar, se fez necessário desconstruir essa diferenciação dos cônjuges e os companheiros no que diz respeito à sucessão hereditária. Sobre o tema, defende Maria Berenice:

Diante do atual conceito de família- vínculo de afeto que gera responsabilidades- os direitos e deveres são os mesmos. Quer o par resolva casar ou viver em união estável. Quem decide constituir uma família assume os mesmos e iguais encargos. É indiferente se forem ao registro civil ou ao tabelionato, ou simplesmente tenham o propósito de viverem juntos. A pessoa é livre para permanecer sozinha ou ter alguém para chamar de seu . Ao optar por uma vida a dois, as consequências de ordem patrimonial e sucessória precisam ser iguais. Se toda forma de amor vale a pena, deve gerar as mesmas e iguais consequências.⁵⁷

Diante disso, o STF, O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no dia 10 de maio de 2017, pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, cuja ementa segue abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO . REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS . 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (STF, RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL, RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO, Data de julgamento: 10 de maio de 2017).

Dessa forma, o STF aprovou tese com repercussão geral, estabelecendo que é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório

⁵⁷DIAS, Maria Berenice. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento.** . Disponível em <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

entre cônjuges e companheiros, inclusive em uniões homoafetivas. Nesse caso específico o falecido não possuía descendentes, mas sua mãe ainda era viva. Diante desse contexto, o Tribunal de origem, com fundamento no art. 1.790, III, do CC/2002, limitou o direito sucessório do recorrente a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, excluindo-se os bens particulares do falecido, os quais seriam recebidos integralmente pela mãe, juntamente com os outros dois terços dos bens adquiridos durante a união estável. Caso fosse casado – o que, à época do falecimento do de cujus, sequer era possível em uniões homoafetivas –, o recorrente faria jus a 50% da herança.

Com a retirada do sistema do art. 1.790 do Código Civil, o companheiro passa a figurar ao lado do cônjuge na ordem de sucessão legítima (art. 1.829). Desse modo, concorre com os descendentes o que depende do regime de bens adotado. Concorre também com os ascendentes o que independe do regime. Na falta de descendentes e de ascendentes, o companheiro recebe a herança sozinho, como ocorre com o cônjuge, excluindo os colaterais até o quarto grau (irmãos, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos). Essa regra passa a ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública.

Pelo exposto, percebe-se que a diferenciação da posição sucessória do cônjuge e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os ditames constitucionais da dignidade humana, igualdade e afetividade. Ambas as escolhas relacionais devem ser equiparadas a fim de repercutirem de igual modo nos direitos pessoais e patrimoniais dos envolvidos.

Portanto, através dos julgados acima comentados é possível afirmar categoricamente que o afeto vem tomando um espaço especial na jurisprudência e na construção dessas atuais conquistas no âmbito do Direito das Famílias, garantindo que no Brasil, Estado democrático de direito, possa ser resguardado o preceito erigido pela sua Constituição Federal de que todos são iguais perante a lei. Esse caminho traçado pela afetividade na

jurisprudência pátria serve como fundamento maior para o necessário reconhecimento das relações poliafetivas, que deverá consolidar a afetividade como verdadeiro princípio jurídico-constitucional e direito fundamental a todos os indivíduos, como se demonstrará a seguir.

4. NOVOS PARADIGMAS: POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O reconhecimento de novas entidades familiares mostra-se relevante, na medida em que garante e resguarda a concepção do núcleo familiar pluralista e democrático, além de consolidar o afeto como elemento nuclear da constituição dos vínculos familiares. Tendo a afetividade assumido as rédeas das relações familiares, enquanto princípio crucial para a delimitação do próprio conceito das entidades familiares, resta, afinal, equacionar uma questão definitiva: o reconhecimento e os efeitos das uniões poliafetivas como autênticos núcleos familiares.

4.1 CONCEITO E REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DAS UNIÕES POLIAFETIVAS

O ápice da consolidação do princípio da afetividade ocorre com o surgimento de um novo paradigma: a multiconjugalidade afetiva consensual, também conhecido como Poliamor. Essa entidade familiar corresponde ao estabelecimento de mais de uma relação amorosa simultâneas, com o consentimento de todos os envolvidos. Sobre o conceito desse instituto, aduz Duína Porto:

O poliamor é uma relação afetiva múltipla é uma das espécies do gênero das não-monogomias que se encaixa precisamente nas condutas ou comportamentos não-monogâmicos consensuais, consentidos ou responsáveis. As não-monogomias foram qualificadas em duas categorias: dissimuladas ou dissentâneas, ou seja, sem o conhecimento de uma das partes na relação, e consensuais, se ao reverso, os partícipes concordam em manter um relacionamento não-monogâmico, ressignificando as concepções de fidelidade e lealdade.⁵⁸

Dessa forma, pode-se já de plano, distinguir o poliamor das relações afetivas paralelas, visto que essas ocorrem a partir da ausência de consentimento e integração entre todas as partes que compõem os núcleos familiares simultâneos, enquanto aquele preza pela transparência e

⁵⁸PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. João Pessoa, 2017, p.178.

consentimento entre os membros, possuindo apenas um núcleo familiar onde há comunhão de vidas, laços afetivos e responsabilidades.

Ainda, não se confunde o poliamor com práticas meramente sexuais como o swing e com a poligamia tradicional, visto que essa se concentra no poder dado ao homem de desenvolver outros relacionamentos, sem o consentimento de sua mulher.

Acerca da terminologia dada ao poliamor, alguns autores argumentam que o mais apropriado seria utilizar o termo “poliafetividade”, visto que o amor não possui valor jurídico, diferentemente da afetividade, que se consolida como princípio no Direito de Família. Entretanto, o seu significado corresponderia ao mesmo definido como poliamor, conforme afirma Ricardo Calderón citado por Duína Porto:

Em relação ao termo poliamor inicialmente importa destacar que, juridicamente, o denominador que melhor retrata tais situações é o significante poliafetividade. Isso porque, embora socialmente seja corrente o uso da expressão poliamor para descrever tais relações plúrimas, no cenário jurídicobrasileiro o termo que indicado é o que utiliza como sufixo a afetividade. [...] O Direito pátrio percebeu a afetividade como o novo paradigma dos relacionamentos familiares e lhe conferiu uma devida tradução, com os contornos típicos das demais categorias jurídicas. [...] Em vista disso, há consistentes ferramentas para se laborar juridicamente com os vínculos afetivos [...]. Os jusfamiliaristas estão habituados a operar com tais significantes (vide: socioafetividade, homoafetividade), a partir do que se recomenda a utilização do termo já assimilado pela cultura do Direito de Família local [...]. Ainda que se sustente a utilização do significante “poliafetividade” para descrever tais relações, o seu significado é o mesmo do que vem sendo definido como poliamor (CALDERÓN, 2017, p. 344-345).⁵⁹

Nesse norte, na defesa da legitimação desse instituto familiar é necessário conceder ênfase aos ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana, da pluralidade de entidades familiares, da igualdade e da autonomia privada. Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo:

Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas. [...] Pode ser assim traduzido: onde houver uma

⁵⁹PORTO, Duína. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. João Pessoa, 2017,p.179.

relação ou comunidade unida por laços de afetividade, sendo estes sua causa originária e final, haverá família.⁶⁰

Por outro lado, a maior barreira enfrentada para esse reconhecimento é a imposição da monogamia como norma social, cultural e jurídica. É necessário que se compreenda que as relações poliamoristas não se associam a traição, visto que todos os envolvidos possuem conhecimentos da relação plural. Assim, não há o descumprimento do que dispõe o Código Civil em seu artigo 1566, inciso I⁶¹ que estabelece os deveres de ambos os cônjuges, entre outros, a fidelidade recíproca. Caso todos os envolvidos estejam cientes da relação múltipla, não há que se falar em descumprimento desse preceito legal, visto que pode ser por eles dispensada voluntariamente. Portanto, não cabe ao Estado, nessa hipótese, negar efeitos familiares a uma relação que é consentida por todos os membros desse agrupamento familiar. Nesse sentido, Maria Berenice Dias defende que:

É preciso reconhecer os diversos tipos de relacionamentos que fazem parte da sociedade atual. Afirma ainda, que por mais que o casamento e a união estável sigam o princípio da monogamia, este é um princípio que não está expresso na Constituição, é algo imposto pela cultura. Quanto à bigamia, o código civil e penal proíbe apenas casamento entre pessoas casadas, o que no caso da união poliafetiva não se vê⁶².

Ainda sobre o tema, bem elucida Luciana Chater:

Ainda que a monogamia seja prezada na sociedade brasileira, o foco a ser observado é a essência de sua composição, que se funda principalmente na reciprocidade de afeto, amor e respeito. Embora existam múltiplos parceiros, todos conhecem, consentem e desejam essa relação. A felicidade e a possibilidade de se constituir família, independente da forma que apresente, deve ser direito de todos. Na dúvida deve-se ponderar entre o primado da monogamia e a dignidade da pessoa humana. Este último acompanhado dos princípios da não discriminação, da igualdade, liberdade, solidariedade, autonomia da vontade, entre outros.⁶³

⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

⁶¹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca (...).

⁶² Escritura reconhece união afetiva a três. Notícia retirada do sítio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>> Acesso em 18 de abril de 2018.

⁶³ CHATER, Luciana. **União poliafetiva: A possibilidade ou não de reconhecimento jurídico como entidade familiar dentro do contexto atual em que se insere a família brasileira**. Brasília, 2015, p.54.

Por mais que o sistema jurídico brasileiro não admita expressamente o poliamor como entidade familiar, nada impede de considerá-lo como tal, tendo em vista que, de acordo com o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, não poderia o Estado, por exemplo, moldar e determinar os núcleos familiares. Assim, não cabe ao Poder Público intervir na estrutura familiar do mesmo modo que interfere nas relações contratuais, a ponto de destruir a sua base afetiva resguardada constitucionalmente. Sobre o princípio da intervenção mínima do Estado que encontra apoio no próprio princípio da afetividade, aduz Rodolfo Pamplona Filho:

O Estado, de acordo com o princípio da intervenção mínima no Direito de Família, não poderia invadir a esfera da intimidade e impor coercitivamente a todos os casais o estrito cumprimento da fidelidade recíproca. Por serem relações fundadas no afeto, são os seus partícipes que devem ditar as regras aceitáveis de convivência, sem lesar terceiros e em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁴

A multiconjugalidade consensual representa uma prática honesta, responsável e ética de relacionamento entre três ou mais pessoas – umtrisal. Nesta união, todos os membros envolvidos, juntos, se consideram uma família onde há companheirismo, mútua assistência, realização pessoal e laços afetivos. Essas relações poliafetivas são hoje uma realidade social e em face disso são merecedoras de reconhecimento como unidade familiar para que não haja exclusão de direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório, negando a uma família o direito a receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum.

Ademais, essas uniões poliafetivas merecem reconhecimento jurídico pátrio em face da existência de requisitos comprovadores do poliamor como entidade familiar, quais sejam: a afetividade, a convivência pública, o nítido *intuito família* e o livre consentimento das partes envolvidas.⁶⁵ Acerca da afetividade, objeto do presente estudo, faz-se necessário mencionar entendimento de Maria Berenice Dias:

⁶⁴ FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 107-108.

⁶⁵ PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. João Pessoa, 2017, p.214.

[...] O afeto como valor realiza a dignidade e se afirma como um direito fundamental a ser preservado e protegido nas relações familiares, deixando evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade, porque dele provém o espírito de solidariedade e cooperação, estes capazes de manter a coesão de qualquer célula social.⁶⁶

Dessa forma, o afeto junto com os outros requisitos acima referidos respalda a legitimação do poliamor enquanto estrutura familiar merecedora de proteção, visto que a imposição normativa da monogamia não deve ter o poder de desconsiderar todos esses elementos caracterizadores de uma família. Assim, o reconhecimento mostra-se relevante na medida em que garante e resguarda a concepção do núcleo familiar eudemonista, socioafetivo, pluralista e democrático, o que será demonstrado a seguir.

4.2 RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR COMO ESTRUTURA FAMILIAR

A luta pela igualdade das famílias poliamoristas representa um fato social merecedor de proteção jurídica em face dos direitos e deveres decorrentes dessa configuração familiar, a exemplo da regulamentação do seu patrimônio e prole. Entretanto, há grande resistência doutrinária, social e jurisprudencial acerca do tema, o que representa a urgente necessidade de reavaliação desse posicionamento no sentido de garantir a efetivação de normas e princípios constitucionais, especialmente à afetividade.

O afeto tornou-se um dos mais importantes norteadores do direito das famílias. No caso da união poliafetiva, a existência de afeto se dá entre as várias pessoas ligadas por um único vínculo conjugal e intenção de constituir um núcleo familiar. Sobre o assunto pondera Rodolfo Pamplona Filho que:

O princípio da afetividade passa a ser a base do Direito de Família moderno, vista até mesmo como amor. Esse princípio é complexo por apresentar várias faces e aspectos, mas essencial nas relações familiares. Na aplicação dele chega-se à inegável conclusão que o Direito Constitucional de Família deve reconhecer além do

⁶⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 31.

casamento, união estável e núcleo monoparental, outras formas de arranjos familiares.⁶⁷

Por esse motivo o Estado possui o compromisso de resguardar o afeto presente na constituição dessa união, não se podendo dar tratamento diferenciado às diversas formas de constituição familiar, haja vista o dever de ser respeitada a liberdade dos indivíduos na busca da felicidade, do afeto e da sua dignidade. Coadunando com esse entendimento, assevera Duina Porto:

Ao se unirem consensualmente em multiconjugalidades, as pessoas estão formando vínculos socioafetivos tanto quanto aquelas que decidem se unir em conjugalidades diádicas decorrentes do casamento ou da união estável: a grande diferença, nesses casos, é a presença ou não da monogamia. Ou seja, apesar da afetividade ter se tornado juridicamente vetor, fundamento e finalidade maior das entidades familiares, não tem ainda o poder de legitimar, perante o ordenamento jurídico brasileiro, os núcleos familiares conjugais que rompem o paradigma monogâmico. Ponderando-se os princípios da monogamia e da afetividade, o peso conferido à monogamia ainda é maior que o atribuído a afetividade, o que não se revela coerente nem razoável na sociedade contemporânea regida pelo direito pátrio que elegeu a pluralidade das formas de família, a humanização das relações familiares e todos os corolários daí advindos.⁶⁸

Portanto, mostra-se essencial o reconhecimento dessas entidades familiares poliamoristas como forma de efetivação e consolidação do princípio da afetividade no âmbito do Direito das Famílias.

4.2.1 DAS ESCRITURAS PÚBLICAS RELATIVAS ÀS UNIÕES POLIAFETIVAS E A LACUNOSA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

No Brasil, os cartórios de registros civis deram maior visibilidade às uniões poliafetivas ao formalizarem a existência dessas. A primeira escritura pública relativa a essa conjuntura foi realizada, em 2012, na cidade de Tupã, interior de São Paulo, entre duas mulheres e um homem. Segundo a tabeliã de notas e protestos da cidade de Tupã, Cláudia do Nascimento Domingues não existia impedimento legal para recusar a lavrar a declaração. Nesse sentido, pondera a tabeliã que:

⁶⁷FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional**. Vol. 6. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90-91.

⁶⁸PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. João Pessoa, 2017, p.214.

O modelo descrito na lei é de duas pessoas. Mas em nenhum lugar está dizendo que é crime constituir uma família com mais de dois. E é com isso que eu trabalho, com a legalidade. Sendo assim o documento me pareceu bastante tranquilo. Trata-se de um contrato declaratório, não estou casando ninguém", O que se previu ali são posições declaratórias, é a vontade dessas pessoas declarada num documento público. Divisão de bens, responsabilidades, direitos, com algumas limitações. Eles não podem, por exemplo, distribuir uma herança como se fossem casados, o que não são e nem pretendem ser. Quanto à aceitação do documento, restará às empresas, prestadoras de serviços, órgãos públicos e à Justiça, decidirem posteriormente. Seu efeito é meramente declaratório, com disposições basicamente patrimoniais. A partir dele o trio conseguiu até mesmo abrir uma conta conjunta no banco, já que se a escritura existe e a lei não proíbe, não tem porque o banco recusar.⁶⁹

O objetivo desse documento é assegurar o direito deles enquanto família, especialmente no tocante ao direito patrimonial, como pode ser observado em trecho retirado da escritura:

Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade⁷⁰.

Dois outros registros de uniões poliafetivas foram registrados no Rio de Janeiro, um deles foi entre três mulheres em 2015 e o outro entre duas mulheres e um homem em 2016⁷¹. Entretanto, esse documento lavrado em cartório teria apenas efeitos patrimoniais e segundo a doutrina mais conservadora seria tratado como uma sociedade de fato e não como união estável e sendo assim, não disporia dos efeitos decorrentes do direito de família, visto a necessidade de antes se reconhecer como entidade familiar por decisão judicial ou disposição legal.

⁶⁹ PUFF, Jefferson. **União estável de três abre polêmica sobre conceito legal de família**. Disponível <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828_uniao_poliafetiva_abre_jp>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

⁷⁰ **Escritura reconhece união afetiva a três**. Notícia retirada do sítio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>. Acesso em 19 de abril de 2018.

⁷¹ G1. **Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no rio fala sobre relação**. Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/primeiro-ter-uniao-estavel-com-2-mulheres-no-rio-fala-sobre-relacao.html>> Acesso em 20 de abril de 2018.

Vale salientar que a formalização de escrituras poliafetivas nos cartórios está suspensa pelo Conselho Nacional de Justiça⁷². Apesar disso, essas uniões continuarão existindo no plano dos fatos e clamando por reconhecimento. Essas relações que foram levadas a cartório buscam uma segurança jurídica futura e negar essa segurança representa um retrocesso no estado democrático de direito brasileiro pautado em princípios como o da igualdade, dignidade da pessoa humana e afetividade. Essas mudanças ocorridas no âmbito familiar necessitam de maior atenção por parte dos operadores do Direito, que são responsáveis por assegurar a dignidade de todos.

No âmbito jurisprudencial existe uma lacuna quanto ao tema aqui tratado visto que as decisões existentes até agora nos tribunais brasileiros se referem às uniões estáveis concomitantes, ou seja, aquelas configuradas pela existência de duas ou mais uniões simultâneas, o que não se assemelha ao caso da união poliafetiva. Desse modo, não é possível afirmar que há entendimento do STJ e do STF sobre a união poliafetiva de forma específica. Nesse sentido, pondera VECCHIATTI que:

A despeito de jurisprudência contrária do STJ e do STF à possibilidade jurídica de uniões estáveis paralelas (que diferem das poliafetivas, que não são “paralelas”, pois formam uma única união), a família conjugal poliafetiva que não gere opressão a nenhum de seus integrantes deve ser reconhecida e protegida pelo Estado Brasileiro, por força do princípio da pluralidade de entidades familiares oriundo da interpretação do caput do art. 226 e da ausência de motivação lógico-racional que justifique a negativa de reconhecimento à mesma (isonomia).⁷³

Apesar do exposto, a legitimação das uniões estáveis homoafetivas, assim como os precedentes dos julgados aqui mencionados, que se utilizaram do princípio da afetividade como fundamento central, abre espaço para o

⁷²O GLOBO.CNJ pede suspensão do registro do registro de uniões poliafetivas. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/cnj-pede-suspensao-do-registro-de-unioes-poliafetivas-19359327#ixzz5BN2qdHFostest>> Acesso em 21 de abril de 2018.

⁷³VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade**. Disponível em <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100131335/artigo-uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade-por-paulo-roberto-iotti-vecchiatti>> Acesso em : 22 de abril de 2018.

possível reconhecimento jurídico das famílias poliamoristas. Sobre a proteção dessas, aduz Duina Porto:

O reconhecimento da homoafetividade pelo STF rompeu a lógica da heteronormatividade, ou seja, da posição hegemônica do casal heterossexual sobre o casal formado por pessoas do mesmo sexo, ampliando horizontes na concretização do princípio da pluralidade das formas de família. Agora, a possibilidade de reconhecimento jurídico do poliamor emerge com potencial de subverter a lógica do relacionamento monogâmico e da imposição normativa e hegemônica da monogamia para todas as conjugalidades. A pretensão do reconhecimento jurídico do poliamor enquanto multiconjugalidade consensual e estrutura familiar encontra fundamento na Carta Magna, em razão dos princípios aplicáveis às relações familiares – dignidade humana, afetividade, pluralidade familiar, igualdade e o respeito às diferenças, responsabilidade, solidariedade, a autonomia, liberdade e menor intervenção estatal na vida privada.⁷⁴

Dessa forma, diante do arcabouço jurídico apresentado é possível legitimar o reconhecimento das uniões poliamoristas no sistema sociojurídico pátrio, haja vista que colocá-las fora do direito das famílias é desprezar o valor dado a afetividade em inúmeros casos concretos julgados pelos tribunais brasileiros.

4.2.2 DA NECESSIDADE DE REGRAMENTO JURÍDICO PRÓPRIO

Se considerada entidade familiar, a união poliafetiva deve ser amparada pelo ordenamento jurídico assim como as demais espécies familiares. A realidade das famílias poliamoristas demanda o estabelecimento de regulamentação infraconstitucional específica no intuito de efetivar a garantia de seus direitos e deveres, em caso de conflitos surgidos entre os envolvidos ou com terceiros.

Assim, para que haja uma tutela jurídica plena e satisfatória dessa nova configuração familiar é necessário o estabelecimento de regras próprias a fim de se normatizar as diversas repercussões que o reconhecimento desse instituto traria para a sociedade. Nesse sentido, algumas das situações que precisariam ser redimensionadas incluem a criação do estado civil (estado civil de “multicompanheiro”, “multiconvivente”, “multicônjuge”), a utilização dos sobrenomes, a redefinição de vínculos de parentesco (multiplicados na

⁷⁴ PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. João Pessoa, 2017, p.229.

proporção do número de componentes da multiconjugalidade), a estruturação de direitos e deveres quanto à assistência, guarda sustento e educação dos filhos (ou seja, o entrelaçamento da multiconjugalidade com a multiparentalidade), a escolha do regime de bens (teria que ser apenas um, ou poderia ser diferenciado entre os integrantes da relação?), as questões de direitos sucessórios, alimentares, previdenciários, tributários.⁷⁵

Dessa forma, a necessária tutela dos direitos das pessoas envolvidas na relação poliamorista reflete uma sociedade cada vez mais justa e livre de preconceitos de qualquer espécie. Pretende que essas uniões sejam reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, visto a necessidade de reconhecer o direito à liberdade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana e, principalmente, à afetividade de todos os indivíduos. À vista disso, o sistema jurídico precisa ser de inclusão, e não de exclusão de direitos, sob pena de segregar prerrogativas fundamentais às partes envolvidas.

⁷⁵PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar**. João Pessoa, 2017,p.234.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho monográfico se propôs a verificar como a afetividade paulatinamente ganhou espaço na revolução paradigmática ocorrida no âmbito das relações familiares. Essas mudanças resultaram em novas formas de constituição de famílias, mais democráticas, plurais e igualitárias resguardadas pela Constituição Federal de 1988. De tal maneira, é possível identificar que os laços afetivos foram determinantes para assegurar a própria dignidade do indivíduo em busca de sua felicidade. Dessa forma, coube ao Estado e também ao Direito se adaptar a essa nova tendência.

Após essas considerações, foi demonstrado que com base no princípio da afetividade a jurisprudência vem construindo um novo perfil para o direito das famílias, e são justamente esses casos em que houve a preponderância do afeto que foram analisados neste trabalho. Esses julgados revelaram a notável consolidação da afetividade na seara jurisprudencial como princípio jurídico, de maneira a afastar a confusão do seu conceito passado, sendo agora um valor jurídico que deve ser perseguido no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Diante do novo perfil de família aqui já apontando, visualiza-se que, em nosso aspecto contemporâneo, não mais é concebido desprezar a importância do afeto como fomentador de uma entidade familiar. Por conseguinte, a presença da afetividade no sistema, ao lado dos demais institutos e princípios de direito de família, poderá, ainda, facilitar as diversas outras construções teórico-práticas que terão de ser enfrentadas, a exemplo das uniões poliafetivas.

Neste caminho é possível, então, se concluir pelo reconhecimento sociojurídico das uniões poliafetivas como uma nova forma de entidade familiar onde há o estabelecimento de mais de uma relação amorosa simultâneas, com o consentimento de todos os envolvidos. Essa legitimação encontra respaldo nos precedentes aqui mencionados que se utilizaram do princípio da afetividade como fundamento central. Dessa forma, por mais que o sistema jurídico brasileiro não admita expressamente o poliamor como configuração familiar, nada impede de considerá-lo como tal, tendo em vista a consagração da afetividade no ordenamento jurídico pátrio e na jurisprudência dos tribunais

superiores e diante da necessidade de se garantir os direitos e deveres decorrentes dessa entidade familiar que hoje se encontra à margem das configurações jurídicas.

É com essa visão que, por fim, a pesquisa conduz à reflexão acerca da relevância do princípio da afetividade para melhor compreensão do Direito de Família contemporâneo. Assim, o que se espera é que os rumos vindouros percorridos corroborem para a consolidação dessa máxima importante para a construção de uma sociedade mais igualitária e democrática.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Camila. **O que se entende por família eudemonista?** Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/117577/o-que-se-entende-por-familia-eudemonista-camila-andrade>> Acesso em : 20 de março de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1159242/SP (2009/0193701-9)**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf> Acesso em 05 de abril de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060**. Relator: Min, Luiz Fux., julgado em 21/09/2016, p.18. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>> Acesso em : 06 de abril de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL : REsp 1663137/MG2017/0068293-7**. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/491774985/recurso-especial-resp-1663137-mg-2017-0068293-7/relatorio-e-voto-491775015?ref=juris-tabs#>>> Acesso em : 30 de março de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1159242/SP (2009/0193701-9)**. Relª Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2012-04-24;1159242-1185550>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.217.415-RS**, Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22271895/recurso-especial-resp-1217415-rs-2010-0184476-0-stj/inteiro-teor-22271896?ref=juris-tabs>> Acesso em: 01 de abril de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1347228 SC 2012/0096557-1**, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 06/11/2012. Data de Publicação: DJe 20/11/2012. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665130/recurso-especial-resp-1347228-sc-2012-0096557-1-stj/inteiro-teor-22665131?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 de março de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE: 846102 PR - PARANÁ**, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 05/03/2015, Data de Publicação: DJe-052 18/03/2015. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>> Acesso em : 10 de Abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277: ADI/4277**. Rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe 14/10/2011. Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 16 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277: ADI/4277**. Rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>>. Acesso em: 07 de abril de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REsp 450.566/RS**. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19087670/recurso-especial-resp-450566-rs-2002-0092020-3/inteiro-teor-19087671>> Acesso em : 22 de março de 2018.

CHATER, Luciana. **União poliafetiva: A possibilidade ou não de reconhecimento jurídico como entidade familiar dentro do contexto atual em que se insere a família brasileira**. Brasília, 2015.

Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 de janeiro de 2017.

DE FARIAS, Cristiano Chaves ;ROSENVALD, Nelson .**Curso de Direito Civil**. Salvador, JusPODIVM, 2014.

Deus, Enézio de. **Família: para além do numerusclausus**. Disponível em <http://espacojuridico.blogspot.com.br/2005/05/familia-para-alm-do-numerus-clausus_19.html> Acesso em: 16 de março de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Manual de direito das famílias** – São Paulo, 2008.

_____. **Artigo: Adoção Homoafetiva**. Disponível em <http://www.mariaberencedias.com.br/site/content.php?cont_id=479&isPopUp=true> Acesso em 08 de abril de 2018.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Manual de Direitos das Famílias**. 6ª edição. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.

_____. **Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 17 de abril de 2018.

_____. **Adoção e a espera do amor.** Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_ado%E7%E3o_e_a_espera_do_amor.pdf>. Acesso em 29 de março de 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7: Responsabilidade Civil.** 17ª ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; DE MELO, Jeremias de Cássio Carneiro. **A humanização do direito civil constitucional na perspectiva da defesa dos hipervulneráveis: o caso das pessoas com deficiência mental e a necessária revisão do conceito de incapacidade civil.** Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b767062d418441a0>> Acesso em: 15 de março de 2018.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: as famílias em perspectiva constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

G1. **Justiça Concede inserção do nome de 3 mães em certidão de criança na BA.** Disponível em <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2014/11/justica-concede-insercao-do-nome-de-3-maes-em-certidao-de-crianca-na-ba.html>> Acesso em: 11 de abril de 2018.

G1. **Primeiro a ter união estável com 2 mulheres no rio fala sobre relação.** Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/primeiro-ter-uniao-estavel-com-2-mulheres-no-rio-fala-sobre-relacao.html>> Acesso em 20 de abril de 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família brasileiro.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2007.

GOMES, Eddla Karina. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo na Filiação.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=439>. Acesso em: 12 de abril de 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Pressuposto, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo.** Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>> Acesso em: 13 de abril de 2018.

IBDFAM, **Escritura reconhece união afetiva a três.** Notícia retirada do sítio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite> . Acesso em 19 de abril de 2018.

INFORMATIVO comentado 581. Disponível em http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/informativo-esquemalizado-581-stj_8.html Acesso em : 30 de março de 2018.

Jus Brasil. **Reconhecimento de união homoafetiva e adoção. Decisão do STF no processo nº 846102 do dia 18/03/2015.** Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/174638876/andamento-do-processo-n-846102-do-dia-18-03-2015-do-stf?ref=topic_feed Acesso em: 10 de abril de 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

LÔBO, Paulo, **Direito Civil: Famílias.** 4.ed. 2ª tiragem [s.l.]: Saraiva, 2012.

MACHADO, Gabriela Soares. **Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/23666/analise-doutrinaria-e-jurisprudencial-acerca-do-abandono-afetivo-na-filiacao-e-sua-reparacao/2> Acesso em 15 de abril de 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **A multa afetiva.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=52> Acesso em: 12 de abril de 2018.

MOTTA, Severino. **Por unanimidade, ministros entendem que casais do mesmo sexo formam uma família.** Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/>. Acesso em: 08 de abril de 2018.

O GLOBO. **CNJ pede suspensão do registro do registro de uniões poliafetivas.** Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/cnj-pede-suspensao-do-registro-de-unioes-poliafetivas-19359327#ixzz5BN2qdHFostest> > Acesso em 21 de abril de 2018.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em: 14 de abril de 2018.

PORTO, Duina. **O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar.** João Pessoa, 2017.

PUFF, Jefferson. **União estável de três abre polêmica sobre conceito legal de família.**

Disponível<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/08/120828_uniao_poliafetiva_abre_jp>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 3.ed. Curitiba: Juruá, 2007.

TARTUCE, F. **O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações.** Revista Jurídica Consulex, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade.** Disponível em<<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100131335/artigo-uniao-estavel-poliafetiva-breves-consideracoes-acerca-de-sua-constitucionalidade-por-paulo-roberto-iotti-vecchiatti>> Acesso em : 22 de abril de 2018.